La tolleranza costruttiva va distinta dagli abusi sanabili per oblazione

di Mario Pastore

Data di pubblicazione: 9-11-2026

In materia di regolarità edilizia e governo del territorio, le cosiddette **tolleranze costruttive**, qualora siano già ricomprese all'interno di un **permesso di costruire**, non possono essere successivamente riqualificate dall'Amministrazione comunale come abusi edilizi soggetti a sanatoria per oblazione.

Guida alla lettura

Con la sentenza in commento, il TAR Campania ha fornito una serie di importanti precisazioni in merito alla **distinzione tra la fattispecie delle tolleranze costruttive**, di cui al **comma 1-bis, lett. c) dell'art. 34-bis TUED**, e quella dell'**accertamento di conformità** nelle **ipotesi di parziali difformità e variazioni essenziali** che, ai sensi del **comma 5 dell'art. 36 TUED**, subordina il permesso di costruire o la SCIA in sanatoria al pagamento di una oblazione. In particolare, il Comune aveva annullato il permesso di costruire ottenuto sulla base del nuovo e più favorevole regime del 34-bis TUED, riqualificandolo come abuso, per mancato pagamento dell'oblazione, oltre ad emettere un secondo provvedimento con cui intendeva integrare le motivazioni del primo a seguito di un errore di calcolo e della qualificazione di una voliera costruita sul lastrico solare.

Il TAR, dopo aver definito entrambi i provvedimenti come decisioni in autotutela ai sensi dell'art. 21-nonies della l. 241/1990, accoglie, innanzitutto, il primo motivo di ricorso, per avere il tecnico del Comune confuso la sanatoria accordata ai sensi del 34-bis TUED con quella del 36-bis, stesso Testo Unico. Infatti, i ricorrenti, nelle more del precedente giudizio intrapreso contro l'ordine di demolizione e il silenzio rigetto contro una successiva istanza *ex* art. 36 TUED, avevano ottenuto il permesso di costruire in sanatoria, ai sensi del 34-bis, in data 1.08.2024, grazie al più favorevole regime introdotto con il Piano salva-casa, del D.L. n. 69/2024. Tale regime agevolativo, in effetti, esime le tolleranze costruttive di cui alla norma dal pagamento della sanzione, prevista esclusivamente per gli abusi *ex* art. 36-bis.

Il secondo e terzo motivo di impugnazione, invece, riguardavano il secondo provvedimento che, pur introdotto dal Comune come integrativo, in realtà introduceva motivazioni nuove, e viene pertanto qualificato dal TAR come convalida del primo. Con esso l'Amministrazione intendeva rimuovere le carenze di motivazione che rendevano il primo provvedimento illegittimo, allo scopo di mantenerne gli effetti con efficacia retroattiva. Ebbene, viene accolto anche tale secondo motivo, sulla base della violazione delle garanzie procedimentali di cui all'art. 7 della 241/90, in base alle quali anche gli atti di secondo grado emanati in autotutela devono essere preceduti dalla comunicazione di avvio del procedimento che consente agli interessati l'instaurazione del contraddittorio. Pur assorbito dal secondo, il terzo motivo risulta,

infine, ancora fondato, in quanto, come chiarito anche dal Consiglio di Stato, **la tolleranza di cantiere rilevante al fine di escludere l'abusività dell'intervento va posta in relazione alla porzione di immobile cui esso accede** (*id est*, "unità abitativa**") e non, come invece riteneva il Comune, con la superfice dell'intero palazzo**. Un'ultima precisazione riguarda, poi, le voliere per il ricovero degli animali poste sul lastrico solare, che il TAR, facendo riferimento al glossario di cui all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 222 del 25 novembre 2016 (punto 47, all. al D.M, 2 marzo 1998), riconduce agli interventi di edilizia libera.

In definitiva, i **provvedimenti di cui agli artt. 34-bis e 36-bis del TUED** risultano **ontologicamente diversi, non potendo i primi essere considerati abusivi se rientrano nei limiti di tolleranza previsti dalla legge**. La sentenza costituisce un'**applicazione del principio del legittimo affidamento** laddove, ponendo un limite al potere discrezionale dell'amministrazione di agire in autotutela, le impedisce di qualificare come abusivo un intervento che è stato precedentemente soggetto ad una tolleranza edilizia formalmente riconosciuta in un provvedimento di sanatoria. Di particolare, rilievo, nell'ottica del legittimo affidamento, appare, inoltre, l'affermazione che la **convalida**, quale istituto di autotutela *ex* art. 21 nonies, l. 241/90, **necessità del contraddittorio con il privato al fine dell'emersione delle ragioni di interesse pubblico che giustificano il precedente annullamento**.

Pubblicato il 22/10/2026

N. 05874/2026 REG.PROV.COLL.

N. 01128/2025 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1128 del 2025, integrato da motivi aggiunti, proposto da Maria Di Maso, Giuseppe Di Maso, Carlo Gaspare Di Maso, rappresentati e difesi dall'avvocato Antonio Parisi, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Afragola, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Lucio Perone, nonché dagli avv. Francesco Affinito e Alessandra Iroso con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

per l'annullamento

A)Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a) del provvedimento prot. n. 845 del 7.1.2025 a firma del Dirigente del Settore Urbanistica mercè il quale si è proceduto ad annullare il permesso di costruire n. 32 del 1.8.2024 volto a sanare parziali difformità ed a legittimare tolleranze costruttive riscontrate sull'immobile di proprietà dei ricorrenti, sito alla I traversa Sereni sul presupposto che non sarebbero state applicate le sanzioni previste dall'art. 36 bis del D.P.R. n. 380/2001;

b) del provvedimento prot. n. 6646 del 3.2.2025 con cui, ad integrazione dell'atto impugnato sub a), venivano precisati i motivi posti a fondamento dell'annullamento d'ufficio del permesso di costruire in sanatorio n. 32/2024, con specifico riguardo al preteso superamento dei limiti di cui all'art. 34 bis del D.P.R. n. 380/2001 per la regolarizzazione delle tolleranze costruttive;

B*)Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 11\7\2025 :*

a)dell’ordinanza dirigenziale n. 156 del 6.5.2025, recante ingiunzione a demolire, successivamente notificata, avente ad oggetto la sospensione dei lavori e la demolizione di opere abusive a carico di Di Maso Giuseppe, Di Maso Maria e Di Maso Carlo Gaspare.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Afragola;

Vista l’ordinanza cautelare n. 1659 del 23.7.2025;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2026 la dott.ssa Maria Barbara Cavallo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.I ricorrenti Di Maso sono comproprietari del fabbricato sito in Afragola alla I traversa Emilio Sereni (catasto particella n. 839 foglio 5 del comune di Afragola) suddiviso in tre subalterni e ricadente, secondo le previsioni del P.R.G., in zona B6, edificato in origine sulla scorta delle concessioni edilizie nn.ri 5289/78 e 17/1989 e poi oggetto di condono per talune opere in difformità dai titoli abilitativi.

Espongono in fatto:

-che all’esito di un sopralluogo effettuato il 5.5.2023, il Comune contestava le seguenti “criticità urbanistiche”:

- “Piano rialzato: ampliamento dell'unità immobiliare ubicata al piano rialzato individuata in Catasto al Foglio n. 5, Particella 839, Sub 2, attraverso la chiusura del balcone prospettante l'area di corte con una veranda in alluminio anodizzato che incrementa la superficie residenziale dell'appartamento di circa 18,0 mq, per un'altezza pari a metri 3.0. A tale unita si accede anche attraverso una scaletta in ferro, con sei alzate,

installata nell'area di corte e non riportata nei grafici concessori. La veranda descritta è servita da una pensilina per riparo dalla pioggia, in plexiglass che corre lungo tutto il balcone. La veranda in esame sembra essere di epoca remota, sia dalla tipologia dei materiali, dall'usura degli stessi e sulla base delle dichiarazioni di parte privata";

- "Piano primo: ampliamento dell'unità immobiliare ubicata al piano primo individuata in Catasto al Foglio n. 5, Particella 839, Sub 3, attraverso la chiusura del terrazzo esistente tramite una struttura in alluminio anodizzato che incrementa la superficie residenziale. Tale ampliamento risulta suddiviso in un locale WC di circa mq 7,5 ed un locale residenziale, con installazione di una cucina e lavandino per una superficie di circa 25,0 mq. Il tutto per un'altezza pari a metri 3,0. La veranda in esame sembra essere di epoca remota, sia dalla tipologia dei materiali, dall'usura degli stessi e sulla base delle dichiarazioni di parte privata";

- "Piano secondo: ampliamento dell'unità immobiliare ubicata al piano primo individuata in Catasto al Foglio n. 5, Particella 839, Sub 4, attraverso la chiusura del terrazzo esistente tramite una struttura in alluminio anodizzato che incrementa la superficie residenziale. Tale ampliamento risulta suddiviso in un locale WC di circa mq 7,5 ed un locale residenziale, con installazione di una cucina e lavandino per una superficie di circa 25,0 mq. Il tutto per un'altezza pari a metri 3,0. La veranda in esame sembra essere di epoca remota, sia dalla tipologia dei materiali, dall'usura degli stessi e sulla base delle dichiarazioni di parte privata";

- "Lastrico solare: sul lastrico solare del piano secondo in aderenza al torrino scala è stata accertata la presenza di una struttura in pannelli coibentati in alluminio, destinata a voliera per uccelli di piccola taglia, appoggiata al lastrico, avente una superficie pari a 22,0 mq per un'altezza interna di metri 2,3".

Aggiungono:

-di aver presentato istanza di permesso di costruire in sanatoria n. 16/2023 SUE ai sensi dell'art. 36 del D.P.R. 380/01, dichiarando espressamente di voler "legittimare i volumi generati dagli ampliamenti ai piani primo e

secondo, prospetto Sud, dove vista l'esigenza di un adeguamento igienico funzionale, sono stati realizzati 2 wc” nonché “”la voliera realizzata sul terrazzo di copertura, i punti cottura sui terrazzi esterni e la perforazione di un pozzo presente all'interno del cortile lato Est”;

- che con ordinanza n. 153 del 1.9.2023, il Comune ha ingiunto la demolizione delle opere realizzate in difformità;

- che, nelle more del giudizio intrapreso contro l’ordine di demolizione e al silenzio rigetto contro una successiva istanza ex art. 36 TUED, la parte ha ottenuto il permesso di costruire in sanatoria ex art. 36 bis TUED, n. 32 del 1.8.2024 (pratica SUE 11 2024), tenuto conto dell’applicabilità del nuovo e più favorevole regime delle tolleranze costruttive di cui all’art. 34 bis T.U.E. (altezze interne e voliera posta sul solaio di copertura), divenendo così improcedibile il ricorso;

- che con il provvedimento prot. n. 845 del 7.1.2025 il Comune ha annullato il PdC per mancato versamento dell’oblazione e con successivo provvedimento “integrativo” n. 6646 del 3.2.2025

prospettando di aver mal calcolato le tolleranze (includendo la scala, che non andava inclusa) e aver considerato la voliera un volume tecnico.

2. Con il primo motivo di ricorso, i ricorrenti censurano l’annullamento del permesso da parte del Comune (provvedimento impugnato sub a) adducendo il mancato versamento dell’oblazione seguita alla sanatoria.

Con il secondo motivo deducono la violazione dell’art. 7 della legge 241790, per mancato rispetto delle garanzie procedimentali.

Con il terzo motivo censurano il provvedimento integrativo, impugnato sub b) per violazione degli artt. art. 34 bis e 36 bis del d.p.r. n. 380/2001 nonché degli artt. 3 e 6 del d.p.r. n. 380/2001 e del regolamento edilizio di cui all’ intesa del 20 ottobre 2016, in quanto sarebbe illegittima la tesi del Comune in ordine al superamento dell’aliquota del 4 % per unità immobiliare di franchigia per le tolleranze costruttive di cui all’art. 34 bis, comma 1 bis T.U.E.D.

3. Si è costituito il Comune di Afragola chiedendo il rigetto del ricorso.

4. Con motivi aggiunti depositati l'11.7.2025, i ricorrenti hanno impugnato l'ordinanza dirigenziale n. 156 del 6.5.2025, con la quale il Comune ha proceduto al rinnovo del procedimento sanzionatorio con l'emissione di una nuova ingiunzione a demolire.

Tale nuovo provvedimento è stato impugnato sia per illegittimità derivata sia per essere stato emesso in violazione dell'art. 31 TUED, prospettando quindi l'acquisizione del cespite al patrimonio comunale.

5. Con ordinanza n. 1659 del 23.7.2025 il Collegio ha sospeso gli effetti dei provvedimenti impugnati e rinviato al merito.

6. Con memoria depositata in vista del merito, il Comune di Afragola ha eccepito l'inammissibilità del ricorso introduttivo in quanto " dal provvedimento prot. n. 845 del 7 gennaio 2025, di annullamento in autotutela del permesso di costruire in sanatoria n.32/2024, nonché dal successivo provvedimento integrativo prot. n. 6646 del 3 febbraio 2026, adottati dal Comune di Afragola, si rileva agevolmente l'abusività degli interventi edilizi eseguiti sull'immobile di proprietà degli attuali ricorrenti, e, che, tale aspetto, non è stato censurato minimamente dai ricorrenti".

Pertanto, non essendo tale aspetto oggetto di censura e trattandosi di atto c.d. plurimotivato, il ricorso non avrebbe la possibilità di far caducare i provvedimenti gravati e sarebbe dunque inammissibile per difetto di interesse.

Nel merito, ha confutato le prospettazioni dei ricorrenti.

7. Il Comune ha depositato memoria ex art. 73 c.p.a. ribadendo le proprie prospettazioni.

8. Sono seguite repliche delle parti con depositi documentali da parte ricorrente in data 4 maggio e 25 maggio 2026, che la difesa del Comune ha chiesto di stralciare per tardività con la nota di passaggio in decisione depositata in vista dell'udienza del 27.5.2026.

DIRITTO

9.Si rende necessario chiarire l’oggetto e i contenuti dei due provvedimenti impugnati con il ricorso principale.

9.1. Il primo (impugnato sub a) è il prot. 845 del 7.1.2025 ed è denominato

“ *Chiusura del procedimento e contestuale annullamento in autotutela, ai*

sensi dell'art. 21-nonies L. 241/90 del P.d.c. n. 32 del 01/08/2024 -

sanatoria tolleranze costruttive fabbricato 1 A trav E. Sereni n. 11".

Il Comune, dopo aver illustrato che i ricorrenti nel 2024 avevano chiesto la sanatoria di alcuni ampliamenti (abusivi) di volumi e superfici, ha rappresentato che in data 1.8.2024, su istruttoria favorevole del Responsabile del Procedimento, era stato rilasciato un permesso in sanatoria n. 32, aggiungendo che tale rilascio era avvenuto " senza aver preliminarmente ratificato alla parte committente le sanzioni dovute per legge per il rilascio del citato titolo edilizio, per mero errore di dimenticanza".

Infatti, "con ravvedimento, si rende necessario applicare la norma stabilita per il calcolo della sanzione che all'art 36/bis DPR 380/01 che è pari al doppio del valore venale delle opere edili in tolleranze costruttive."

Il Comune inoltre ha riconosciuto la competenza dell'Agenzia delle Entrate nello stabilire la sanzione da versare, e, vista la mancanza di osservazioni

della parte, ha annullato in autotutela il PdC 32/2024.

9.2. Il secondo (impugnato sub b) è il provvedimento n. 6646 del 3.2.2025.

Esso va ad integrare il precedente affermando che nel PdC 32/2024 le tolleranze costruttive assentite ex art. 34 bis e 36 bis " risultano essere di superficie e di volumetria superiore a quella assentibile per legge, in quanto "nel calcolo delle superfici utili delle unità immobiliari esistenti (assentiti con CE n. 5829 del 15/09/1978 e Concessione Edilizia in sanatoria n. 17 del 25/08/1989) è stata considerata erroneamente anche la superficie della scala comune per ogni singolo piano, come si può ben evincere dallo schema di calcolo presente nell'elaborato grafico allegato alla pratica edilizia oggetto della presente, andando ad alterare il calcolo delle superfici assentibili ed andando a trarre in errore anche il tecnico istruttore"

Inoltre, l'integrazione riguarda anche la "voliera realizzata senza alcun titolo edilizio al terzo piano, considerandola come volume tecnico, tale voliera risulta essere un container installato in modo fisso e permanente sul lastrico di copertura pertanto tale struttura essendo chiusa per tutti e quattro i lati si configura come un volume ex-novo e non come un modesto manufatto adibito a voliera".

10.Il contenuto dei due provvedimenti consente agevolmente di rigettare l'eccezione di inammissibilità che la difesa del Comune ha prospettato compiutamente, dopo averla accennata nella memoria di costituzione, solo nella memoria di merito e che si basa su una paventata esistenza di una contestazione di abusività dei beni, costituente pertanto una motivazione non censurata dai ricorrenti e come tale suscettibile di rendere l'atto plurimotivato e inoppugnabile per la parte non contestata.

Il Collegio ritiene che, in fatto, non vi sia alcuna contestazione di abusività inoppugnata: entrambi i provvedimenti sono, sulla carta, due decisioni di autotutela emesse ai sensi dell'art. 21 nonies l. 241/90 (si presume comma 1) aventi ad oggetto un permesso in sanatoria emesso nel 2024 ai sensi del cd. decreto salva casa.

Infatti, la sanatoria ex art. 36 bis TUED è stata emessa dopo l'entrata in

vigore delle nuove disposizioni del 2024, al punto che, come illustrato nella parte in Fatto, ciò aveva consentito di chiudere con pronuncia in rito il precedente contenzioso azionato dai Di Maso per il rigetto della sanatoria ex art. 36 TUED e contestuale ordine di demolizione.

Una volta ottenuta la sanatoria ex art. 36 bis TUED, nessuna abusività pregressa può essere contestata con riguardo alle medesime difformità: pertanto non si ravvisa l'eccepita pluri-motivazione dei provvedimenti impugnati .

11. Nel merito, va accolto il primo motivo di ricorso, riferito esclusivamente al provvedimento impugnato sub a) in quanto dal contenuto del provvedimento in questione risulta evidente che il tecnico del Comune ha confuso la sanatoria accordata ai Di Maso ex art. 34 bis comma 1 bis lett. c) TUED (tolleranze costruttive) con quella di cui al 36 bis TUED (Accertamento di conformità nelle ipotesi di parziali difformità e di variazioni essenziali), che al comma 5 subordina il PdC o la SCIA in sanatoria al pagamento di una oblazione.

Non vi sono dubbi che la richiesta del tecnico dei Di Maso riguardava tolleranze costruttive (all. 6 prod. Di Maso) e che il PdC 32/2024 era stato emesso di conseguenza (all. 5 prod. Di Maso).

Pertanto, il provvedimento impugnato sub a), che è certamente una "autotutela" del PdC 32/24, sconta, oltre che una palese sproporzione, un errore di motivazione e un illegittimo riferimento all'art. 36 bis TUED, senza che sia stato specificato che esso riguarda non gli abusi di cui al medesimo 36 bis, bensì le "tolleranze costruttive" di cui al comma 2 bis dell'art. 34-bis TUED per interventi realizzati ante 24.05.2024 e per i quali non è prevista, quale condizione di procedibilità, il pagamento della sanzione (a differenza di quanto stabilito per la sanatoria delle difformità parziali e delle variazioni essenziali ai sensi dell'art. 36 bis che effettivamente impone il versamento di un'oblazione).

In ogni caso, tale provvedimento, come si vedrà

infra, è stato praticamente

sostituito da quello del 3.2.2025, e ciò ne determina ipso facto la

illegittimità, oltre alle ragioni suesposte.

12.I motivi II) e III) riguardano il provvedimento sub b), che, dopo aver riepilogato i contenuti del provvedimento del 7.1.2025, riporta nuove motivazioni sulla presunta violazione dell’art. 34 bis TUED e sulla voliera e precisamente: “

a

) le tolleranze costruttive richieste ai sensi dell'art. 34-bis, comma I-bis,

lettera c del D.P.R.

380/01 risultano essere di superficie e di volumetria superiore a quella

assentibile per legge;

b) la voliera richiesta risulta essere un container installato in modo fisso e permanente sul lastrico di copertura per tanto tale struttura essendo chiusa

per tutti e quattro lati si configura come un volume ex-novo e non come un

modesto manufatto adibito a voliera".

Il Comune utilizza il termine " integrazione", ma, a parere del Collegio, si tratta sostanzialmente di un provvedimento di convalida di quello del 7.1.2025.

La convalida è un provvedimento di secondo grado, previsto dall'art. 21 nonies comma 2 della l. 241/90, con il quale l'Amministrazione rimuove il vizio del provvedimento annullabile allo scopo di mantenerne gli effetti con efficacia ex tunc.

Per giurisprudenza costante (ex multis, Cons. Stato sez. V, 22/08/2023, n. 7891) " il comma 2 dell'art. 21-nonies, l. n. 241 del 1990 consente alla pubblica amministrazione di convalidare i propri atti affetti da vizi di legittimità, attraverso una manifestazione di volontà intesa ad eliminare il vizio da cui l'atto stesso è inficiato; ciò, attraverso un istituto di carattere generale, volto a rendere l'atto stabile a tutti gli effetti per i quali è preordinato, ogniqualvolta il pubblico interesse ne richieda il consolidamento; l'ampiezza della formula utilizzata dal legislatore consente di ricomprendere nella convalida figure quali la sanatoria (che si verifica allorquando un provvedimento viziato per mancanza nel procedimento di un atto preparatorio viene sanato dalla successiva emanazione dell'atto mancante) e la ratifica (consistente nell'appropriazione dell'atto, emesso da un organo incompetente, ovvero fornito di una competenza temporanea e occasionale, da parte dell'autorità che sarebbe stata competente); la convalida continua invece a distinguersi, per struttura e funzione, da altri

istituti limitrofi e segnatamente: dall'atto meramente confermativo, enucleato dalla giurisprudenza per impedire l'elusione della perentorietà del termine di ricorso, il quale non modifica forma, motivazione e dispositivo del provvedimento confermato (rimasto generalmente inoppugnato); dalla conferma propria, la quale — sebbene connotata dall'apertura di una nuova istruttoria — non è comunque volta a rimuovere alcun vizio; dalla rettifica, che ha ad oggetto le difformità che non comportano l'invalidità del provvedimento originario ma solo la sua irregolarità; infine, dalla conversione che tiene fermo l'atto originario sussumendolo però sotto una diversa fattispecie legale."

Orbene, la determinazione oggetto del giudizio contiene nuove motivazioni che sostituiscono quella, palesemente errata, del primo provvedimento.

Si tratta, quindi, di una convalida.

Questo consente preliminarmente di affermare che tutte le ulteriori argomentazioni della difesa del Comune riguardanti altri aspetti, contenute nelle memorie difensive e che per economia processuale non si riportano, costituiscono integrazioni non consentite, una sorta di motivazione postuma a scopo difensivo, ovviamente non rilevante ai fini del decidere (vedi anche T.A.R. Lazio sez. III, 24/12/2021, n. 13500).

12.1. Discende da quanto sopra che entrambi i motivi sono fondati.

È fondato, e assorbente, il motivo II), in quanto risulta violato l'art. 7 della l. 241/90.

Nel procedimento amministrativo l'integrazione e modifica della motivazione è possibile, con le dovute forme (

ex plurimis, Cons. Stato sez.

II, 7/04/2026, n. 2762) e quindi anche mediante la convalida, che costituisce

la modalità legittima di integrazione della motivazione.

Proprio per questo, essa è soggetta alle garanzie procedimentali previste per gli atti di secondo grado tra cui la comunicazione di avvio del procedimento che consenta alla parte di interloquire sulle nuove motivazioni.

Ne consegue che, nel caso concreto, è stato violato l'art. 7 della l. 241/90, perché non vi è stata alcuna comunicazione di avvio del procedimento e anzi il provvedimento del 3.2.2025 funge (erroneamente) anche da comunicazione di avvio, pur avendo effetti definitivi.

Infatti, in caso di proposizione di un ricorso giurisdizionale avverso un provvedimento amministrativo ritenuto lesivo delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute dall'ordinamento, l'atto di convalida del provvedimento impugnato produce immediati effetti pregiudizievoli per i ricorrenti, ai quali deve essere dunque garantito il rispetto delle garanzie di

partecipazione previste dall'ordinamento, attraverso l'avviso di avvio del procedimento (T.A.R. Napoli Campania sez. V, 1/09/2020, n. 3716).

E ancora, l'esercizio del potere di autotutela, in quanto espressione di una rilevante discrezionalità amministrativa è sempre soggetto all'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, all'analitica motivazione delle ragioni di interesse pubblico a esso sottese e alla ponderazione dell'interesse del privato alla stabilità della posizione acquisita, pena l'illegittimità del provvedimento al fine adottato. Gli atti di autotutela e di ritiro devono essere preceduti dalla comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7, legge n. 241 del 1990, al fine di consentire, attraverso l'instaurazione del contraddittorio con gli interessati, una loro efficace tutela nell'ambito del procedimento amministrativo ed, al contempo, di fornire all'amministrazione, con la rappresentazione di fatti e la proposizione di osservazioni da parte del privato, elementi di conoscenza utili o indispensabili all'esercizio del potere discrezionale, in funzione di una ponderata valutazione dell'interesse pubblico concreto ed attuale alla rimozione dell'atto (T.A.R. Latina sez. I, 25/05/2011, n. 424).

12.1.1.L’errore dell’Amministrazione è insanabile, in quanto le nuove motivazioni, almeno sotto il profilo della violazione delle cd. tolleranze costruttive, dovevano essere frutto di contraddittorio con la parte e in ogni caso, essendo conseguenza di un’autotutela dell’Amministrazione, non può applicarsi loro l’art. 21 octies della l. 241/90.

12.2. Fermo restando che l’accoglimento del secondo motivo è assorbente, è fondato anche il terzo motivo del ricorso principale.

In ordine allo sforamento delle tolleranze costruttive, il Comune intimato assume che l’aliquota del 4 % per unità immobiliare di franchigia per le tolleranze costruttive di cui all’art. 34 bis, comma 1 bis T.U.E. così come introdotto dai commi 1-bis e 1-ter introdotti dall'art. 1, comma 1, lettera f), numero 1), del decreto-legge n. 69 del 2024 convertito dalla legge n. 105 del 2024, trattandosi di unità immobiliari comprese tra 100 e 300 mq, sia superato in concreto, non potendo essere considerata la superficie occupata dalla scala comune interna per ogni singolo piano.

Il Collegio ritiene che tale motivazione sia errata, posto che il comma 1-ter dell'art. 34 bis novellato prevede che "ai fini del computo della superficie utile di cui al comma 1-bis, si tiene conto della sola superficie assentita con il titolo edilizio che ha abilitato la realizzazione dell'intervento, al netto di eventuali frazionamenti dell'immobile o dell'unità immobiliare eseguiti nel corso del tempo. Gli scostamenti di cui al comma 1 rispetto alle misure progettuali valgono anche per le misure minime individuate dalle disposizioni in materia di distanze e di requisiti igienico-sanitari".

Il Consiglio di Stato con la sentenza della sez. VII, 21/07/2025, n. 6426 ha affermato che l'art. 34-bis del d.P.R. n. 380 del 2001 (inserito dal d.l. n. 76 del 2020, conv. in l. n. 120 del 2020) — che stabilisce che «?il mancato rispetto dell'altezza, dei distacchi, della cubatura, della superficie coperta e di ogni altro parametro delle singole unità immobiliari non costituisce violazione edilizia se contenuto entro il limite del 2 per cento delle misure previste nel titolo abilitativo?» — deve essere inteso nel senso che la «?tolleranza di cantiere?» rilevante per escludere l'abusività dell'intervento va posta in relazione con la porzione di immobile cui esso accede, e non con la superficie dell'intero palazzo, come si evince dal dato letterale che fa appunto riferimento alle «?singole unità abitative?». Pertanto, al fine di evitare applicazioni distorsive della disposizione in commento, occorre considerare solo la porzione e/o la parte di «?unità immobiliare?» a cui l'abuso stesso si riferisce concretamente, rapportandolo alle misure progettuali indicate nella pratica edilizia.

Ne discende che la motivazione del Comune è errata.

12.3. Quanto alla natura di nuovo volume della voliera di 22 mq con altezza 2,3 ml posta sul lastrico di copertura, oggetto dell'istanza di accertamento di conformità ex art. 36 bis T.U.E., dapprima correttamente assentita e poi annullata, deve ritenersi che essa rientri nell'attività edilizia libera (in termini, cfr. TAR Campania, Napoli, sez. VII, sent. 2 novembre 2021, n. 6839), come si evince dal glossario contenente l'elenco – non esaustivo – delle principali opere edilizie realizzabili in regime di attività edilizia libera, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del Decreto Legislativo 25 novembre 13 2016, n. 222 (punto 47 dell'allegato al D.M. 2 marzo 1998).

Il suddetto glossario individua, invero, una serie di opere da assoggettare al regime dell'attività edilizia libera – tra le quali rientrano i ricoveri per animali domestici e da cortile, voliera e assimilata, con relativa recinzione – purchè siano, come nella specie, di limitate dimensioni. In particolare, lungi dal configurarsi come volumi autonomo e da poter essere qualificate addirittura come "nuove costruzioni" ex art. 3, comma 1, lett. e) T.U.E., le voliere sono riconducibili agli interventi di edilizia libera ai sensi del d.P.R. n. 380/2001, art. 6, comma 1, lett. e-quinquies, che richiama "le aree ludiche senza fini di lucro e gli elementi di arredo delle aree pertinenziali degli edifici" (tra cui rientrano anche le voliere), qualificandoli come interventi realizzabili senza alcun titolo abilitativo e, quindi, certamente regolarizzabili con lo strumento dell'accertamento di conformità ex art. 36 bis per un principio di continenza.

La citata decisione di questo Tar, passata in giudicato, sottolinea che precedenti decisioni del giudice di appello per cui anche le voliere esigerebbero il titolo edilizio (Cons. Stato, Sez. II, n. 6553/2020) si riferiscono infatti ad un caso antecedente alle innovazioni legislative che hanno espressamente qualificato "le aree ludiche senza fini di lucro e gli elementi di arredo delle aree pertinenziali degli edifici" (tra cui rientrano anche le voliere) come interventi realizzabili senza alcun titolo abilitativo.

In ogni caso, la voliera non costituisce un volume suscettibile di abitabilità e la parte ha dimostrato di essere un avicoltore iscritto all'Albo ed esercitante tale attività.

13. L'accoglimento del ricorso principale determina l'accoglimento dei motivi aggiunti, in quanto il provvedimento di demolizione è viziato da illegittimità derivata.

Esso appare comunque del tutto sproporzionato rispetto alla fattispecie concreta, in quanto non ricorrono i presupposti di applicazione dell'art. 31 TUED.

14. In conclusione, entrambi i gravami sono accolti, con annullamento dei provvedimenti impugnati e condanna alle spese del Comune soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune di Afragola al pagamento delle spese processuali in favore del ricorrente che liquida in euro 4000,00 oltre accessori di legge e c.u., da distrarsi al procuratore antistatario.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2026 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Maria Barbara Cavallo, Consigliere, Estensore

Daria Valletta, Primo Referendario